

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Intérêt général, droits de propriété intellectuelle et société de l'information

Poullet, Yves

Published in:

L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle

Publication date:

2008

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 2008, Intérêt général, droits de propriété intellectuelle et société de l'information. Dans *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*. Académia Bruylant, Bruxelles, p. 53-68.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

INTÉRÊT GÉNÉRAL, DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

PAR

YVES POULLET

PROFESSEUR AUX FACULTÉS DE DROIT DE NAMUR ET DE LIÈGE
DIRECTEUR DU CRID DES FUNDP

1. Il nous est demandé quelques réflexions introductives sur le dialogue ou plutôt les rapports qu'entretiennent les trois notions. Intérêt général, droits de propriété intellectuelle et société de l'information. Ce débat est essentiel car il touche au savoir, à sa diffusion et à son accès dans un monde globalisé voulu par une technologie qui permet précisément cet accès universel mais en même temps autorise comme jamais auparavant la marchandisation voire la confiscation de ce savoir. Merci aux organisateurs donc de m'avoir invité à prendre part à ce débat.

Notre propos ne pourra qu'être modeste eu égard non tant au temps qui m'est imparti aujourd'hui qu'au fait que le sujet qui m'a été assigné constitue pour un non-spécialiste et de la philosophie du droit et du droit d'auteur, une véritable gageure. Il s'agira de déplacer le curseur de notre analyse successivement sur chacune de ces notions, en montrant progressivement le lien qui peut les unir.

2. En quoi la notion d'intérêt général, cette notion toujours approchée plutôt que définie, peut apporter quelques lumières au débat essentiel du rôle du droit d'auteur dans la société de l'information ? Pour répondre à cette interrogation, il est bon de repartir de la distinction quasi intuitive que chacun peut avoir des notions d'intérêts individuels, d'une part et d'intérêt général, d'autre part. Cette distinction entend démontrer que, selon les visions du développement social et du rôle de la loi, les notions ne s'opposent pas mais au contraire, soit se confortent selon une vision «utilitariste», chère à A. Smith, soit entrent en dialogue, pour se

dépasser selon une vision volontariste et sociale, chère à J.J. Rousseau. Que ces deux visions trouvent chacune leurs limites à l'heure actuelle, nous amène à compléter les termes de ce premier dialogue, en reconnaissant l'importance d'un débat ouvert exclusif et transparent. Ces développements constitueront la première étape de notre propos.

Au delà de ces premières réflexions, le recours à la notion d'intérêt général se traduit par des choix entre intérêts individuels, collectifs et publics. Le législateur, qu'il soit national et de plus en plus régional ou international, est sans doute le premier à opérer ces choix. Ces choix s'expriment par l'affirmation de libertés individuelles et, à travers ces libertés, par la consécration de droits subjectifs. La proclamation de ces droits subjectifs est assortie de limites, de contraintes qui s'expliquent par le fait que ces droits subjectifs trouvent leurs origines dans une conception de l'intérêt général qui entend permettre l'épanouissement des libertés de chacun. Le droit d'auteur consacre ainsi un ensemble de droits subjectifs, liés à la liberté d'expression au service du développement social. Dans le cadre de leur exercice, les droits subjectifs heurtent d'autres libertés voire intérêts. C'est cette fois sur un terrain concret que le juge est amené à recourir à la notion d'intérêt général pour sopeser les intérêts en cause, étant entendu que ceux défendus par l'une des parties se sont trouvés préalablement consacrés par le législateur et donc se voient dotés d'un poids particulier. L'examen du principe de proportionnalité guide alors cette pesée d'intérêts. Ces débats seront l'objet de la deuxième partie.

Il nous restera ensuite à analyser les rapports «amour – haine» qui caractérisent les rapports entre la technologie et les droits de propriété intellectuelle. Rapports indiscutablement désormais plus d'amour que de haine à tel point que l'irruption du fait technologique, tant comme objet de protection des droits de propriété intellectuelle que comme outil de protection de ces mêmes droits remet en cause la légitimité du droit d'auteur au moment même où les outils technologiques renforcent la légalité et surtout l'effectivité de ceux-ci. Tel est le développement suivi dans la troisième partie de l'exposé.

I. – DE LA DISTINCTION ENTRE «INTÉRÊT GÉNÉRAL»
ET «INTÉRÊTS PARTICULIERS OU INDIVIDUELS»
À LEUR DIALOGUE DANS LE CADRE DE L'ÉLABORATION
DE LA LOI

3. Nous le disions d'emblée : le débat mené aujourd'hui et demain est essentiel parce qu'il porte sur une question d'intérêt général si on entend par là qu'une réglementation de la propriété intellectuelle permet de définir notre «vouloir communiquer ensemble» et de fixer l'équilibre entre les intérêts des différents acteurs intéressés : les auteurs et sociétés d'auteurs, d'une part, les bénéficiaires des droits sur les œuvres et les utilisateurs finaux des œuvres, d'autre part. Au delà de ces catégories, une analyse plus fine amènerait à des distinctions plus subtiles : le bénéficiaire des droits a changé de visage dans la mesure où l'Internet a subitement mis face à face l'auteur et l'usager ; le consommateur privé qui n'apparaissait point dans le jeu des intérêts à prendre en compte dans les débats du droit d'auteur s'invite désormais à la table¹. L'utilisateur a différents visages, deux en particulier, celui de l'entreprise qui négocie à des fins professionnelles l'utilisation de l'œuvre et celui du simple consommateur. L'auteur peut être l'humble professeur d'université ou Microsoft qui va jusqu'à breveter le corps humain comme émetteur-récepteur de transmissions électroniques.

L'intérêt général qui fixe cet équilibre entre des intérêts aussi divers, apparaît d'emblée comme «le concept fondateur de la société et de l'Etat». L'intérêt individuel s'entend du bien-être individuel représenté par des préférences ou une fonction d'utilité qui peut suivre toute une série de motivations tant égoïstes qu'altruistes. L'intérêt général ou le «bien commun», selon la formule de St Thomas d'Aquin, se réfère à un bien être collectif qui certes transcende les bien-être individuels mais y puise sa légitimation. En d'autres termes, l'intérêt général est aussi celui des membres de la société civile. «Qu'il soit représenté sous la forme d'un intérêt transcendant, dont le seul représentant serait l'Etat, ou d'un intérêt immanent aux membres de la société civile, le Droit est toujours l'instrument qui en assume la mise en œuvre. La société civile organisée et l'Etat ne se

¹ Sur ce point, lire S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2005, n° 377 et s. L'auteur montre comment les technologies font disparaître les intermédiaires avec lesquels seuls auparavant se négociaient les droits d'auteur.

conçoivent pas en effet en dehors du Droit. L'intérêt général est une notion à mi-chemin entre le droit et la politique. Le Droit se présente comme une médiation entre l'éthique et le politique. L'intérêt général est le point d'ancrage de cette dialectique de l'éthique et du politique. »²

4. Comment construire ce bien commun à partir des intérêts particuliers? La question hante la philosophie du droit depuis son origine. St Thomas que nous citons apporte une réponse limitée dans la mesure où, pour lui, la loi constitue une simple adhésion rationnelle au bien commun, c'est-à-dire aux principes du juste et du bien. Le bien commun résulte du dépassement de l'égoïsme individuel au service du bien vivre de la communauté tant sur le plan matériel que spirituel et conduit à l'épanouissement de la nature humaine. La loi a donc une valeur dans la mesure où elle traduit cette préoccupation qui permet aux intérêts particuliers de se développer harmonieusement et s'impose à eux. L'intérêt général ou plutôt le bien commun, s'il légitime le pouvoir de l'autorité publique, devient en même temps l'aune à laquelle se juge le devoir d'obéissance à la loi. Si la fonction de l'intérêt général est de ce fait claire, son contenu reste indéfini sauf à faire référence à une loi naturelle qui dicterait la signification du juste et du bien³.

5. L'approche utilitariste considère l'intérêt général comme la somme des intérêts particuliers. Elle repose sur le postulat que le bien commun, y compris l'éducation, la santé, la sécurité publique,... est idéalement servi par le libre jeu des intérêts privés. La recherche par chacun de son intérêt conduit nécessairement à la prospérité générale et donc au profit de tous. Comme l'écrit A. Smith⁴, «*ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du marchand de bière ou du boulanger que nous attendons notre dîner, mais bien du soin qu'ils apportent à leurs intérêts. Nous ne nous adressons pas à leur humanité, mais à leur égoïsme; et ce n'est jamais de nos besoins que nous leur parlons, c'est toujours de leur avantage.*».

Les économistes ont souligné le caractère partiel de cette approche. L'allocation optimale des ressources entre individus ne naît pas spontanément de la somme d'intérêts particuliers dans la mesure où des arbitrages sont nécessaires et imposent dès lors une sélection de

certains intérêts. Par ailleurs, peut-on bâtir le bien-être sur les seuls intérêts privés des membres présents de la société sans prendre en compte les intérêts des générations futures? Ensuite, la consécration d'intérêts particuliers à supposer même qu'ils soient majoritaires conduira peut-être dans le futur à une allocation des ressources de plus en plus déséquilibrée en faveur des intérêts privilégiés aujourd'hui et, j'ajouterais, des populations des pays les plus pauvres! Enfin, la prise en considération des intérêts individuels suppose un éclaircissement des utilités individuelles poursuivies, c'est-à-dire la révélation des véritables préférences poursuivies derrière des slogans affirmés comme support de ces prétendus intérêts⁵. Cet éclaircissement est loin d'être évident tant les stratégies des sociétés s'avèrent difficiles à décrypter. Que souhaite Google en lançant son système d'archivage de certaines bibliothèques publiques? Quelles visées poursuivent les sociétés d'auteur par rapport aux systèmes techniques de gestion des droits d'auteur⁶? Faut-il y voir une menace ou une aubaine pour ces sociétés?

6. Ces critiques adressées à la vision utilitariste sont rencontrées partiellement dans la vision volontariste de l'intérêt général, vision amplement développée par J.J. Rousseau dans sa doctrine du «*Contrat social*»⁷. L'auteur part du postulat de la divergence des intérêts et de la nécessité du dialogue entre les individus pour progressivement à travers ce dialogue définir ensemble l'intérêt commun. C'est l'idée du contrat social par lequel «*chacun s'unissant à tous n'obéit pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant*» La volonté de tous, obtenue par agrégation et homogénéisation, se distingue dans cette perspective de la volonté générale, obtenue lors de la délibération, par l'intégration des points de vue particuliers à

⁵ Comme le note LAFFONT («*Intérêt général et intérêts particuliers*», in *L'intérêt général, Rapport du Conseil d'Etat*, La Documentation française, 1999, p. 421 et s.): «*Toute procédure de choix social non dictatorial à partir de préférences individuelles annoncées par les membres de la société conduit ceux-ci à manipuler leurs annonces. Plus précisément, il n'existe pas de procédure de choix social à domaine universel non dictatorial non triviale telle que la révélation des vraies préférences soit une stratégie dominante pour tous.*»

⁶ A cet égard, les remarques de A. MEYER, «*DRMS Do not replace Collecting Societies*», in GRABER et alii (eds.), *Digital Rights Management: The end of collecting societies*, Staempfli Publishers, Berne, 2005, p. 171 et s.

⁷ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Chronologie et introduction par P. BURGELIN, Flammarion, Paris, 1966.

² M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, Paris, 2004, p. 9.

³ Sur ces développements, Fr. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986.

⁴ A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776.

celui, universel⁸, qu'exprime alors la loi. L'individu obéit à la loi non en tant qu'elle traduit sa liberté individuelle mais comme représentation de l'intérêt général, c'est à dire de la volonté de tous les citoyens : « la puissance législative appartient au peuple et ne peut appartenir qu'à lui ».

Cette seconde approche souligne le caractère dialectique de l'intérêt général et la nécessaire « procéduralisation » de sa progressive définition. Sans doute dénoncera-t-on l'angélisme d'une telle vision qui fait fi de la réalité politique et économique. Les réalités électorales consacrent une majorité dont le programme politique rejoint spontanément certaines préférences individuelles exprimées. Elle fait également l'impasse sur la nécessaire fonction d'élucidation des préférences individuelles en cause dans les diverses spécifications de l'intérêt général et le souci à porter aux intérêts des générations futures. Cette élucidation et ce souci ne peuvent être rencontrés naturellement. Ils supposent dans nos sociétés de plus en plus complexes – et la technologie renforce cette complexité –, la mise en place d'une fonction indépendante d'évaluation voire d'organisations capables d'amener les différents représentants d'intérêts à dialoguer ensemble et de susciter un débat public suffisamment informé. Il ne s'agit pas de plaider pour un gouvernement des sages mais au moins de reconnaître que la décision qui reste en définitive discrétionnaire dans le chef des gouvernants, sera prise en connaissance de cause dans le cadre des marges de manœuvre que fixera ce débat essentiel⁹.

7. Le débat sur l'intérêt général s'arrête-t-il là dans notre société de l'information ? La globalisation de notre société qu'accélèrent la dimension des marchés et la nature universelle des technologies utilisées, conduit à une modification du rôle des Etats dans la définition de cet intérêt général. Sans doute peut-on encore vivre de l'illusion de choix nationaux et l'argument de la concurrence voire du dumping réglementaire qui amènerait les Etats à se caractériser par

⁸ « Mais quand le nœud social commence à se relâcher, et l'Etat à s'affaiblir, quand les intérêts particuliers commencent à se faire sentir et les petites sociétés à influencer sur la grande, l'intérêt commun s'altère et trouve des opposants, l'unanimité ne règne plus dans les voix, la volonté générale de tous, il s'élève des contradictions, des débats et le meilleur avis ne passe point sans disputes. » (J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre IV, Chap. I, p. 146.)

⁹ On se souviendra ainsi des rapports établis en matière de propriété intellectuelle par l'*Office of Technology Assessment américain (OTA)*, Office malheureusement dissous par la volonté du gouvernement américain.

une réglementation qui, privilégiant une conception de l'intérêt général, se révélerait attractive pour certains intérêts individuels semble actuellement ne pas résister aux impératifs de la pensée unique. Est-il encore possible pour un Etat de ne pas adhérer à l'Organisation mondiale du commerce et dès lors aux accords dits ADPIC, qui règlent l'essentiel de la réglementation des droits de propriété intellectuelle ? Dans des domaines aussi vitaux que ceux induits par le développement de la société de l'information, les souverainetés nationales, autour desquelles s'articule traditionnellement le « contrat social », trouvent désormais peu d'espaces pour s'exprimer. Si les deux « Sommets mondiaux de la société de l'information » réaffirment leur prééminence¹⁰, c'est pour plaider sans transition et avec une emphase jamais atteinte en faveur du rôle essentiel d'une démocratie construite désormais non plus sur les démocraties parlementaires nationales mais sur un dialogue entre les différents « stakeholders ». Ainsi, l'Agenda de Tunis¹¹ plaide pour une « gestion internationale de l'Internet opérée de façon multilatérale, transparente et démocratique, avec la pleine participation des Etats, du secteur privé, de la société civile et des organisations internationales ». Cette démocratie participative apparaît, dans les textes du Sommet, comme le gage de la légitimité de la gouvernance de l'Internet. Ce modèle de co-régulation apparaît séduisant mais il n'est pas évident que les instruments mis patiemment en place au niveau national pour assurer la représentation et la discussion des intérêts individuels et dès lors garantir l'intérêt général, puissent exister voire se

¹⁰ Agenda du Sommet de Tunis, disponible sur le site de l'Union internationale des télécommunications, <http://www.itu.org>

En ce sens, le point 35 : Nous réaffirmons que la gestion de l'Internet couvre aussi bien des questions d'ordre technique que des questions de politique générale et doit impliquer l'ensemble des parties prenantes et des organisations intergouvernementales et internationales compétentes. A cet égard, il est reconnu ce qui suit :

- a) en ce qui concerne les questions d'intérêt général qui se rapportent à l'Internet, le pouvoir décisionnel relève de la souveraineté nationale des Etats, lesquels ont des droits et des responsabilités en la matière ;
- b) le secteur privé a toujours eu et devrait continuer d'avoir un rôle important dans le développement de l'Internet, tant sur le plan technique que sur le plan économique ;
- c) la société civile a toujours joué, elle aussi, un rôle important pour toutes les questions relatives à l'Internet, tout particulièrement au niveau des communautés locales, et elle doit continuer à assumer ce rôle ;
- d) les organisations intergouvernementales ont toujours eu et devraient continuer d'avoir pour rôle de faciliter la coordination des questions d'intérêt général qui se rapportent à l'Internet ;
- e) les organisations internationales, elles aussi, ont toujours eu et devraient continuer d'avoir un rôle important dans l'élaboration des normes techniques concernant l'Internet et des politiques associées.

¹¹ Agenda de Tunis, Point 29.

développer dans un proche futur au niveau international. La création d'un forum international de la gouvernance¹² illustre ce besoin de créer de nouveaux lieux de discussion des enjeux du développement de cette société de l'information. Mais que pèse un tel aéroport face à des sociétés dont la puissance dépasse largement celle des Etats même les plus puissants et comment garantir que tous les groupes d'intérêts soient également représentés lorsque l'on voit la difficulté des bibliothèques publiques à se faire entendre et que dire des pays en voie de développement ?

La création d'un lieu unique où se discutent de tels enjeux et surtout la coordination renforcée entre les organisations internationales a du moins le mérite de faire sauter l'approche parcellaire de la réglementation de l'Internet, approche fondée sur une répartition des compétences entre les organisations internationales qui empêchent toute vue globale des intérêts en jeu. Ainsi, en matière de propriété intellectuelle, il est clair que les enjeux éducatifs, scientifiques ou culturels des œuvres de l'esprit, traditionnellement objets de l'attention de l'UNESCO ne peuvent qu'être approchés de manière périphérique par des organisations comme l'OMPI, soucieuse principalement des intérêts des auteurs, ou par l'OMC, qui privilégie les intérêts d'un libre commerce international.

II. - LA CONSÉCRATION DES INTÉRÊTS PAR LA LOI : DROITS SUBJECTIFS, LIBERTÉS ET INTÉRÊTS LÉGITIMES

8. La loi exprime l'intérêt général. C'est son fondement et son guide, disions-nous dans la première partie. Qu'il soit clair que loin de s'opposer, intérêt général et intérêt privé souvent se conjuguent. L'intérêt général ne s'identifie pas, loin de là, à l'intérêt ou l'utilité publique, c'est-à-dire l'intérêt poursuivi par une institution ou un organe relevant peu ou prou de la puissance publique, comme pour-

¹² Agenda de Tunis, Point 72 : « Nous invitons le Secrétaire général de l'ONU à réunir, selon une approche ouverte et non exclusive, d'ici au deuxième trimestre de 2006, un nouveau forum destiné à établir entre les multiples parties prenantes un dialogue sur les politiques à suivre qui, sous le nom de *Forum sur la gouvernance de l'Internet*, aura pour mandat :

- a) de traiter les questions de politique publique relatives aux principaux éléments de la gouvernance de l'Internet afin de contribuer à la viabilité, à la robustesse, à la sécurité, à la stabilité et au développement de l'Internet;
- b) de faciliter le dialogue entre les organes s'occupant de différentes politiques publiques internationales multisectorielles concernant l'Internet et de débattre de questions qui ne relèvent pas de la compétence d'un organe déjà existant; »

rait le laisser croire la jurisprudence et la doctrine de droit administratif où l'intérêt public constitue le critère de la légitimité de l'action administrative. En effet, si on élargit la question de la compréhension de la notion d'intérêt général à l'ensemble du droit, il ne peut être question de privilégier un tel intérêt, la formulation de l'intérêt général passe cela va de soi par la nécessaire prise en compte d'intérêts particuliers voire, c'est la thèse des utilitaristes, se confond avec ces intérêts particuliers.

La notion d'intérêt général renvoie à la conciliation ou en tout cas à la balance entre les intérêts privés ou publics qui entrent en ligne de compte dans un champ déterminé. G. Gurvitch¹³ voit dans l'intérêt général, « un universel concret », un tout, comme un système d'équilibres. La notion d'intérêt général (...) n'est plus l'intérêt identique, mais les intérêts opposés, unis, équilibrés, en vue du tout, qui forme la notion d'intérêt général. pouvant recevoir autant d'aspects différents qu'il y a de « totalités concrètes », distinctes où cette conciliation d'intérêts en conflit se réalise effectivement. ». En ce sens, la notion d'intérêt général renvoie à une curieuse alchimie par lequel le législateur tente de combiner, d'hierarchiser, d'arbitrer et de définir en définitive l'équilibre qui correspond à l'intérêt de tous¹⁴. Le droit de la propriété intellectuelle n'échappe pas à la règle

9. Cet arbitrage plus ou moins éclairé, plus ou moins original aboutit à la reconnaissance de certains intérêts dans le champ du droit, c'est à dire comme partie intégrante de l'intérêt général¹⁵. La thèse récente de T. LEONARD¹⁶ distingue ainsi trois modes de reconnaissance de l'intérêt en droit qui aboutira tantôt à la reconnaissance d'un droit subjectif, tantôt d'une liberté, tantôt, enfin, l'intérêt sera simplement qualifié de légitime. Il s'agit à travers ces distinctions d'envisager différemment la façon dont l'individu va pouvoir exiger ou non devant les juridictions la reconnaissance de

¹³ G.G. GURVITCH, *L'idée du contrat social, Notion et système du Droit social*, Sirey, Paris, 1932, p. 42

¹⁴ Sur le fait que le droit d'auteur résulte d'une pesée d'intérêts qui intègre à la fois les intérêts privés et publics, lire les développements de S. DUSOLLIER, *op. cit.*, p. 290 et s.

¹⁵ Sur la notion d'intérêt, sa reconnaissance dans le droit et la distinction entre droit subjectif et intérêt, lire F. OST, *Droit et intérêt : entre droit et non-droit : l'intérêt*, Vol. 2, Bruxelles, Publications des FUSL, 1990 et A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, T. 1, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, p. 241 et s.

¹⁶ T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Collection de thèses, Larcier, 2005.

son intérêt par les tiers et le cas échéant, obtenir réparation en cas de violation de l'intérêt ainsi consacré.

Ainsi, l'intérêt légitime est *« tout intérêt ou avantage dont le porteur recherche la satisfaction ou la défense dès lors que celui-ci n'est pas considéré a priori par le droit objectif comme interdit car poursuivi en violation d'une règle de droit objectif. »* Certains intérêts légitimes jugés essentiels et consacrés à la suite de cette pesée d'intérêt, peuvent amener le législateur à doter les titulaires de tels intérêts de droits subjectifs. Le droit subjectif se décrit dès lors comme *« le pouvoir spécifique et exclusif distribué sous certaines conditions par le droit objectif à son titulaire sur la chose ou la prestation qui en forme l'objet en vue de la satisfaction de ses intérêts et pour lequel il reçoit du droit objectif le pouvoir d'imposer son respect aux tiers au moyen si nécessaire d'une action en justice spécifique. »* Le droit subjectif se distingue non seulement de simples intérêts légitimes mais également des libertés civiles, la liberté d'expression, la liberté de se loger, celle religieuse ou de presse, etc. Ces libertés sont définies comme *« le pouvoir d'agir ou de ne pas agir attribué par le droit objectif à chacun en vue de la satisfaction des intérêts qui en forment le but et pour lequel il reçoit du droit objectif les moyens juridiques de défense à l'égard des tiers. »*

Selon cet auteur, ce qui distingue fondamentalement la liberté du droit subjectif, c'est outre le caractère indéterminé des prérogatives liées à la première, le fait que la liberté est distribuée également à chacun alors que le droit subjectif reconnaît à l'individu une prérogative exclusive opposable aux tiers et directement exigible en justice. Sans doute, parle-t-on abusivement de « droit à la libre expression », de « droit au logement », de « droit à la vie privée », etc., mais que signifient de tels droits incapables de revendiquer leur respect sauf de les voir protéger, lorsqu'ils sont mis à mal ?

10. La distinction proposée par T. Léonard éclaire, nous semble-t-il, le débat sur les relations entre l'intérêt général et la propriété intellectuelle. Les lois sur la propriété intellectuelle consacrent indiscutablement les intérêts du créateur d'une œuvre et reconnaissent à ce dernier des droits subjectifs. P. Martens¹⁷, dans un essai récent, a bien montré l'origine historique de ce besoin de reconnaissance au moment où les auteurs ne recevaient plus la « récompense » ni de

¹⁷ P. MARTENS, « La lyre et la balance. Quand les goûts se disputent au prétoire », in *Liber Amicorum M. Coipel*, Kluwer, 2004, p. 147 et s.

Dieu, ni de la Communauté et de ses Princes. On ajoute que la consécration de tels droits satisfait non seulement les intérêts économiques de l'auteur ou des ayant-droits mais en même temps des intérêts publics voire sociaux : *« Le droit d'auteur est associé dès le commencement de son existence à la diffusion de l'écrit, l'éducation, la liberté d'expression, l'enrichissement du patrimoine culturel commun par la création de nouvelles idées et l'échange d'information. En ce sens, le droit d'auteur ne s'est jamais présenté comme un droit dans son essence égoïste ou égocentrique mais toujours comme un droit 'social' dans le sens où son existence ne profite non uniquement à l'auteur, mais également à la société. »*¹⁸ Sans doute, le droit d'auteur réalise-t-il un équilibre entre des préoccupations altruistes et égoïstes mais il faut bien reconnaître avec C. Caron¹⁹ que la prééminence est toujours accordée aux finalités égoïstes et personnelles de l'auteur²⁰ comme en témoigne l'étendue des prérogatives dévolues à ce dernier²¹. Notre propos n'est pas de nous pencher sur l'ensemble des prérogatives que recouvre le droit subjectif de l'auteur mais plutôt de réfléchir sur les liens que ce droit subjectif entretient du fait même de la loi avec des libertés voire d'autres intérêts.

11. Ainsi, et la thèse de C. Geiger²² le développe à merveille, ces droits subjectifs de l'auteur découlent de considérations fondamentales sur les libertés individuelles et y trouve leur fondement. Rien d'étonnant à cela. Les justifications de la propriété elle-même, le plus sacré des droits subjectifs, s'enracinent également dans la liberté de chacun de s'épanouir et de se développer²³. La littérature

¹⁸ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Coll. Le droit des affaires – Propriété intellectuelle, n° 25, IRPI, Litec, 2005, p. 45.

¹⁹ C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Coll. Le droit des affaires – Propriété intellectuelle, Paris, Litec, 1998.

²⁰ Sans doute, faudrait-il ici nuancer avec A. STROWEL (*Droit d'auteur et copyright – Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, 1993) et distinguer l'approche anglo-américaine du *copyright* et celle européenne du droit d'auteur.

²¹ Même s'il ne faut pas exclure la possibilité pour les auteurs ainsi dans le mouvement de copyleft d'utiliser le droit subjectif comme moyen de réaliser des buts altruistes. Sur ce point, S. DUSOLLIER, « Open Source and Copyleft : Authorship Reconsidered », 26 *Columbia Journal of Law & Arts* (2003), p. 281 et s.

²² C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Coll. Le droit des affaires n° 25, IRPI, Litec, 2005.

²³ A cet égard, les réflexions de F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 28 et s. et les références à KANT et HEGEL qui voient dans la reconnaissance du droit subjectif de propriété une condition de la liberté des individus reconnue par le droit, « du point de vue de la liberté, la propriété est l'être premier de celle-ci ; elle est un but substantiel pour elle-même ».

allemande, en particulier, insiste sur la filiation directe du droit d'auteur et de certaines libertés fondamentales consacrées par la Déclaration Universelle des droits de l'Homme : ainsi, comme le proclame l'article 27 : «*Toute personne a droit à prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer à la vie scientifiques et aux bienfaits qui en résultent...*» ou par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre la liberté d'expression. Cette filiation du droit d'auteur à l'égard des libertés fondamentales, si elle permet d'asseoir les droits subjectifs de l'auteur en leur conférant une valeur constitutionnelle et les met ainsi «*hors d'atteinte des pouvoirs législatifs et exécutifs qui ne peuvent les supprimer ou porter atteinte à leur substance*»²⁴, n'épuise cependant pas leur contenu et, comme nous le verrons, ne ravale pas le droit d'auteur à l'exercice d'une simple liberté. En effet, au delà et par delà cette filiation, c'est bien un droit subjectif et non une simple liberté qui est reconnue à l'auteur.

12. Le rapport du droit d'auteur aux libertés fondamentales ne s'arrête pas là. La reconnaissance de l'intérêt de l'auteur comme droit subjectif s'entend de certaines exceptions que détaillent les articles 21 et s. de notre loi du 11 juin 1994 (la citation, la parodie, l'enseignement et la recherche, la copie privée). B. Hugenholtz²⁵ a amplement démontré que le fondement de telles exceptions s'appuyait sur des libertés dont l'exercice pouvait entrer en concurrence ou en opposition avec les droits subjectifs des auteurs. Ainsi, la défense de l'intérêt pour une personne de réaliser une copie privée s'enracine dans la volonté de la loi de ne pas permettre à l'auteur une trop grande intrusion dans les activités privées des utilisateurs de l'œuvre. Même remarque à propos de la parodie qui consacre la liberté d'expression et d'opinion des utilisateurs des œuvres. Bref, si les droits subjectifs reconnus à l'auteur se fondent sur la volonté, au nom de l'intérêt général de protéger et de développer la liberté d'expression, il faut bien dans le même temps reconnaître que ce même intérêt général amène, au nom d'autres libertés, voire de la

même liberté, le droit de définir certaines exceptions aux droits subjectifs reconnus.

Quelle signification reconnaître dès lors à ces «exceptions»? Deux, nous semble-t-il. La première est d'affirmer que ces exceptions ne constituent que des exemples des conflits pouvant surgir entre les droits subjectifs et les libertés voire d'autres intérêts publics, dont certains peuvent être consacrés comme droits subjectifs par ailleurs²⁶. Il est évident que lors de leur exercice, les droits de propriété intellectuelle peuvent mettre à mal, voire empêcher l'exercice de libertés reconnues par le droit²⁷. Dans le cas de tels conflits, il ne peut, comme le fait imprudemment C. Geiger²⁸, être question de mettre sur le même pied le droit subjectif de l'auteur en cause et la liberté contrecarrée. La convention européenne des droits de l'homme n'exige-t-elle pas d'ailleurs que les libertés «*respectent les biens d'autrui*», biens au rang desquels se comptent les droits subjectifs de propriété intellectuelle. L'intérêt général s'incarne *a priori* par les droits subjectifs que la loi reconnaît.

13. Cette concession faite à la suprématie des intérêts consacrés par des droits subjectifs, il faut cependant bien reconnaître que l'exercice du droit subjectif est fautif quand il entrave de manière disproportionnée l'exercice de la liberté d'autrui. Il importe de rechercher alors, au nom de l'intérêt général, la meilleure manière de ramener à de justes proportions l'exercice d'un droit jugé,

²⁶ Ainsi, l'intérêt du public à une transparence de l'action administrative qui dans certains pays a été explicitement consacré comme droit subjectif d'accès aux documents administratifs. En Belgique, la loi du 10 juillet 1994 sur la publicité de l'administration reconnaît ce droit subjectif. Autre exemple, la loi vie privée du 8 décembre 1992 reconnaît à la personne concernée un droit subjectif d'accès aux traitements de données à caractère personnel, ce droit subjectif doit permettre notamment l'accès à la logique du traitement lorsque ce traitement autorise des décisions individuelles automatisées. Comment dans ces cas, résoudre les conflits entre le droit subjectif reconnu par ces lois et ceux des droits de propriété intellectuelle? Concrètement, l'Etat saisi par une personne en vertu de son droit d'accès, peut-il exciper de son droit de propriété intellectuelle sur le document auquel l'accès est réclaté? Sur ce conflit, lire C. de TERWAGNE, *Société de l'information et mission publique d'information*, Thèse en voie de publication, n° 615 et s. et sur le même thème, A. STROWEL, «Publicité de l'administration et droit d'auteur», *Droit communal*, 1999/1-2, p. 63 et s.

²⁷ Nous n'envisagerons pas dans le cadre de cet article, les conflits entre droits subjectifs de propriété intellectuelle et d'autres droits subjectifs ou entre ces droits de propriété intellectuelle et de simples intérêts légitimes.

²⁸ L'auteur met en balance en effet les droits de propriété intellectuelle et ce qu'il appelle «le droit du public à l'information», droit qui n'est rien d'autre que la reconnaissance de la liberté d'expression qui, selon la jurisprudence de la cour strasbourgeoise, basée sur l'article 10, contient également la liberté de recevoir des informations et l'obligation positive de l'Etat de faciliter cet accès.

²⁴ L. FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Paris, Dalloz, 1999, n° 1203 citant notamment CASSIN. On ajoutera que suivant la théorie des obligations positives de l'Etat vis à vis des droits fondamentaux, il est du devoir de l'Etat de protéger la propriété intellectuelle dans la mesure où celui-ci dérive d'un droit constitutionnel.

²⁵ B. HUGENHOLTZ, «Adapting copyright to the Information Superhighway», in P.B. HUGENHOLTZ (ed.), *The future of copyright in a digital environment*, Kluwer, La Haye, 1996, p. 90 et s.

comme nous l'avons dit, *a priori* légitime. Tel est le sort à réserver à ceux qui se prévalent de leurs droits subjectifs, en cas d'abus de leur droit²⁹. Ainsi le droit de propriété intellectuelle ne peut empêcher la recherche scientifique sous peine d'abus de droit mais la conciliation entre le droit de la propriété intellectuelle et des intérêts portés par l'exception prévue par la loi au nom de la liberté de la recherche ne signifie pas la reconnaissance d'un droit subjectif dans le chef du chercheur, droit que le chercheur pourrait opposer au titulaire de droit. Il implique simplement la possibilité pour ce dernier d'alléguer de l'existence de cet intérêt protégé pour obtenir, le cas échéant en justice, une solution qui, sans nier le droit subjectif de propriété intellectuelle, permette l'exercice de la recherche dans des conditions raisonnables, qu'il s'agisse de licences obligatoires, de rémunération forfaitaire, etc.

La référence dans les législations sur le droit d'auteur à des exceptions précises s'explique ainsi dans le cadre des conflits entre droits subjectifs et libertés. Leur consécration légale a pour effet d'obliger les titulaires ou ayants-droit et, au delà, les juges à prendre une attention particulière aux intérêts visés par ces exceptions. Comme le note l'article 6.4 de la Directive européenne du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins³⁰, la privation totale ou partielle du bénéfice d'exceptions par le biais de mesures techniques et contractuelles est inacceptable. Le triple test proposé par les Accords ADPIC³¹ en ce qui concerne le bénéfice des exceptions peut s'analyser *à contrario* comme créant l'obligation pour les titulaires de droit de propriété intellectuelle de ne pas s'opposer aux revendications fondées sur les exceptions qui ne contreviennent pas au triple test. L'intérêt général consacre cette pesée d'intérêts dans la loi et indique au juge son devoir d'y procéder à son tour chaque fois que l'exercice des droits de propriété intellectuelle heurte le respect d'une liberté.

²⁹ C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Paris, Litec, 1998.

³⁰ Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JOCE*, 22 juin 2001, L.167, p. 10 et s. Sur cet article et une proposition de modification de celui-ci, lire la thèse de S. DUSOLLIER (*op. cit.*, p. 544 et s.)

³¹ Sur la genèse du test des trois étapes et sa signification au regard des exceptions légales au droit d'auteur, S. DUSOLLIER, «L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes», *IRDI*, 2005, 213 et s.; V.-L. BENABOU, «Puiser à la source du droit d'auteurs», *RIDA*, avril 2002, p. 39.

III. – DES RAPPORTS ENTRE LA TECHNOLOGIE ET LE DROIT DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AU REGARD DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL.

14. Que dire des relations entre technologie, propriété intellectuelle et intérêt général³². La première partie soulignait déjà incidemment la façon dont la technologie par la globalisation dont elle est le moteur, déplace les lieux de décision de l'intérêt général, rend de plus en plus obsolète l'idée des souverainetés nationales et impose un modèle unique de définition de l'intérêt général à l'ensemble de la planète. Allons plus loin dans l'analyse de ces rapports. La décision des firmes de logiciels de faire consacrer par le droit d'auteur la technologie présente dans les logiciels a abouti certes à une diminution des seuils d'originalité exigés pour l'obtention de la protection légale. Au delà, elle impose un changement paradigmatique lié au bénéfice de cette protection. La divulgation de l'œuvre, c'est à dire l'accès au contenu et la communication de son écriture ne sont plus des conditions de la protection accordée. Désormais ce qu'on protège, ce n'est plus un savoir révélé mais un «outil» dont le fonctionnement est gardé secret³³.

Au delà, plus récemment, la technologie a élargi de manière considérable le champ de la protection par le droit d'auteur, ajoutant par le biais d'une protection *sui generis* la protection de l'investissement dans la création d'une banque de données³⁴. Surtout, la technologie a renforcé, grâce aux mesures de protection technique, l'effectivité des droits de propriété intellectuelle. Là où le droit d'auteur attendait sa reconnaissance et sa protection du juge en cas de violation par autrui, le voilà protégé d'emblée à l'abri de ses protections techniques et ce, bien plus efficacement que par le juge et les aléas des décisions judiciaires. La protection technique consacrée dorénavant par la loi comme outil digne de protection, permet le

³² Sur ce thème, lire Y. POULLET, «Technology and Law: from Challenge to Alliance», in U. GASSER (ed.), *Information Quality Regulation: Foundations, Perspectives and Applications*, Nomos, Baden-Baden, 2004, p. 25 et s. Cf. également la thèse de S. GUTWIRTH, *Waarheidsaanspraken in Recht en wetenschap*, Maklu, Antwerpen, 1993.

³³ A ce propos, l'article très critique de P. GAUDRAT, M. BRIAT et F. TOUBOL, «Europe des logiciels: au menu, P.L.A. du chef à la mode bruxelloise», *DIT*, 1989/2, p. 64-76 et 1989/3, p. 58-63 ou celui de M. VIVANT, «Propriété intellectuelle et nouvelles technologies», in *Université de tous les savoirs – Les technologies*, Paris, O. Jacob, 2002, p. 165 et s.

³⁴ Du moins en Europe, «grâce» à la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE*, 27 mars 1996, L.70.

gonflement des droits subjectifs de l'auteur, qui désormais s'investit du droit de contrôler l'accès et l'usage de l'œuvre³⁵.

15. Et l'intérêt général dans tout cela.... Les équilibres mis en place par les législations de propriété intellectuelle entre les intérêts individuels multiples et les intérêts publics lors de la reconnaissance des droits subjectifs et de leurs limites sont-ils encore respectés? Les glissements opérés en la matière sont insidieux. Certes, certains excès des titulaires de droits de propriété intellectuelle dans l'exercice de leurs droits ont été dénoncés et certains juges n'hésitent pas à emboîter le pas de ces protestataires, qu'il s'agisse d'associations de consommateurs, de bibliothèques publiques, de pays en voie de développement ou d'associations de liberté. Ces protestations s'amplifieront dans la mesure où l'accès aux savoirs et de manière générale aux objets protégés par ces droits subjectifs devient essentiel dans une société de l'information. Sans doute, les temps sont mûrs pour une réévaluation de la pesée d'intérêts. S'il n'est pas question de remettre en cause les droits subjectifs du titulaire, ni de leurs ayant-droit, il s'agira d'être innovatif et de réfléchir sur les méthodes (licences obligatoires, rémunération forfaitaire, interdiction de certaines pratiques ou mesures techniques, interopérabilité nécessaire des systèmes) qui permettront, au nom d'un intérêt général toujours à redéfinir, la conciliation de certaines libertés et des droits de propriété intellectuelle.

Sinon, je le crains, les droits de propriété intellectuelle, dont la légalité et l'effectivité se trouvent chaque jour renforcées dans notre société de l'information, perdront leur légitimité et donc *in fine* leur validité³⁶ aux yeux du droit, c'est-à-dire de l'intérêt général.

³⁵ Sur cette extension, lire S. DUSOLIER, «Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès aux œuvres en droit européen», in *Le droit d'auteur : vers un contrôle de l'accès à l'information*, Cahier du CRID, n° 18, Bruxelles Bruylant, 2000, p. 25 et s. De manière plus nuancée, la thèse du même auteur : «A suivre ces principes qui régissent l'étendue des droits exclusifs de l'auteur, la protection appropriée des mesures techniques ne devrait pas permettre une réservation plus étendue que le contrôle de l'exploitation de l'œuvre, de sa diffusion au public. Elle pourrait comprendre une maîtrise de certains actes d'accès ou d'utilisation finale de l'œuvre, à supposer qu'ils participent à cette exploitation ou sont le moyen d'un contrôle de la reproduction ou de la communication au public. Une maîtrise plus importante n'est en tout cas pas justifiée par l'étendue des droits d'auteur...» (op. cit., p. 374).

³⁶ Il s'agit bien évidemment d'une référence aux trois critères de validité de la règle juridique mis en évidence par M. van de KERCKOVE et F. OST, *De la pyramide au réseau*, Publications des FUSL, 2002.